



**Trabajo de Fin de Grado**

# **ENJUICIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL**

*Presentado por:*

**Beatriz Aurea Amela Monsonís**

*Tutor/a:*

**Santiago García Campá**

**Grado en Derecho**

Curso académico 2019/20



# ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS UTILIZADAS .....</b>	<b>III</b>
<b>I. INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>II. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA FEMINISTA SOBRE EL SISTEMA SEXO/GÉNERO: S. DE BEAUVOIR Y K. MILLET. EN PARTICULAR, LAS CONTRIBUCIONES DE C. PATEMAN Y C. MACKINNON. ....</b>	<b>3</b>
<b>III. IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL: NORMATIVA .....</b>	<b>9</b>
1. A NIVEL INTERNACIONAL .....	9
2. A NIVEL COMUNITARIO .....	13
3. A NIVEL ESTATAL.....	14
3.1. <i>Dimensión objetiva del derecho a la igualdad de hombres y mujeres del art. 4 LOIEMH.....</i>	<i>17</i>
3.2. <i>Discriminación directa e indirecta del art. 6 LOIEMH .....</i>	<i>18</i>
<b>IV. ENJUICIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL .....</b>	<b>23</b>
1. ENJUICIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: CONCEPTO .....	23
2. VINCULACIÓN DEL PODER JUDICIAL .....	25
3. SENTENCIAS ESPAÑOLAS QUE JUZGAN CON PERSPECTIVA DE GÉNERO .....	28
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>37</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>41</b>
<b>RECURSOS ELECTRÓNICOS .....</b>	<b>42</b>
<b>JURISPRUDENCIA .....</b>	<b>43</b>
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....	43
TRIBUNAL SUPREMO .....	44
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA .....	44
<b>NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS .....</b>	<b>44</b>
<b>RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY IN ENGLISH .....</b>	<b>47</b>
I. INTRODUCTION.....	47

II. APPROXIMATION TO THE FEMINIST THEORY ABOUT THE SEX/GENDER SYSTEM: S. DE BEAUVOIR, KATE MILLET. SPECIALLY, C. PATEMAN AND C. MACKINNON CONTRIBUTIONS.....	48
III. GENDER EQUALITY IN THE WORK SPHERE: REGULATIONS .....	50
3. <i>At the state level</i> .....	51
IV. JUDGING WITH A GENDER PERSPECTIVE IN SOCIAL JURISDICTION .....	54
1. <i>Judging with a gender perspective: concept</i> .....	54
2. <i>Judiciary link</i> .....	55
3. <i>Spanish sentences that judge with a gender perspective</i> .....	56

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

art./ arts.	artículo / artículos
CE	Constitución Española
CEDAW	Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer
Disp. Ad.	Disposición Adicional
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
ET	Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento jurídico
LGSS	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LISOS	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOIEMH	Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LOPVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p. / pp.	página / páginas
PPiINA	Plataforma por los Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción
RDL	Real Decreto-Ley
rec.	recurso
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

## **I. INTRODUCCIÓN**

El presente Trabajo Final de Grado tiene como objeto un tema novedoso en el Derecho del Trabajo: enjuiciar con perspectiva de género en la jurisdicción social. Se trata de un tema también controvertido, pues, según la teoría feminista, en tanto que la mujer siempre se ha encontrado subordinada al hombre, el reconocimiento y la equiparación de sus derechos es consecuencia de una larga lucha, que sigue vigente y sigue siendo necesaria a día de hoy.

El análisis de este objeto de estudio se entiende imprescindible por diversos motivos: si bien el Estado español podría observarse como una nación que encabeza diferentes movimientos sociales y, concretamente, en materia de igualdad efectiva de hombres y mujeres, lo cierto es que la sombra del patriarcado sigue siendo alargada, por lo que es inexcusable la constante revisión de los principios sobre los que orbita su regulación y de las medidas de aplicación para ello, con objeto de perfilar y conseguir de forma progresiva una mayor efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

En este punto entra en juego el aspecto de enjuiciar con perspectiva de género, que conlleva resolver el objeto de litigio mediante la interpretación y aplicación de la norma con base en esta metodología de análisis, con el objetivo último de alcanzar la efectiva igualdad. Para ello, se debe asumir en nuestro ordenamiento jurídico la existencia de sesgos de género, los cuales se traducen en discriminaciones que principalmente perjudican a las mujeres y que, una vez detectadas, se deberán remover.

Pues bien, este estudio se va a centrar en el ámbito laboral, donde también se ha visto históricamente discriminada la mujer. Por tanto, ha sido, y es, objeto de constantes reformas en cuestión de igualdad de género, en materia de, entre otros, conciliación familiar y laboral, igual retribución, o el fomento de corresponsabilidad entre progenitores, como es el caso de la reciente RDL 6/2019, de 1 de marzo, que equipara los permisos de maternidad y paternidad con tal finalidad, y del que se ampliará su estudio a lo largo del texto.

Con la finalidad de desarrollar este trabajo, se ha acudido a una legislación variada, al contar nuestro ordenamiento jurídico con multitud de preceptos basados en aspectos laborales, discriminatorios y de protección a los colectivos más vulnerables, tanto a nivel internacional, como comunitario y estatal. Sin embargo, enjuiciar con perspectiva de género, en concreto, se trata de una materia mucho más reciente, por lo que no abundan las sentencias que resuelvan de esta manera, ni un gran número de fuentes críticas que comenten y valoren el objeto de estudio.

Así pues, se ha estructurado el análisis de la siguiente forma: comienza con un primer capítulo que, acudiendo tanto a la filosofía como a la filosofía jurídica, pretende contextualizar el objeto de estudio, realizando un breve recorrido por la ya dilatada teoría feminista, en relación con el sistema sexo/género, que llevará a comprender la histórica posición de poder del hombre respecto de la mujer, y tomando como base a distinguidas autoras, tal como Simone de Beauvoir y Kate Millet, para finalizar con las aportaciones teóricas de las contemporáneas Gayle Rubin, Carole Pateman y Catherine Mackinnon.

El segundo capítulo, elaborado con la ayuda de las disciplinas del Derecho Constitucional y el Derecho laboral, trata de recoger la normativa que nutre y forma nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito del principio de igualdad entre hombres y mujeres, centrándose en el ámbito laboral. Se realiza una exposición de convenios concretos a los que se ha acogido el estado español a nivel internacional; de la misma forma, se enumeran las directrices que emanan a nivel comunitario, para finalizar con la normativa que rige en el ámbito interno, estatal. El capítulo concluye con el análisis de dos concretos preceptos que se entienden vitales a propósito de juzgar con perspectiva de género. Por un lado, el art. 4 LOIEMH recoge el deber de integrar, de forma transversal, el principio de igualdad de trato y oportunidades entre hombre y mujer, en la interpretación y aplicación de las normas por el poder judicial, inspirando sus resoluciones tanto de forma expresa como implícita. Por otro lado, el art. 6 LOIEMH expone la discriminación que será objeto de litigio, y que se deberá detectar con el fin de resolver conforme a dicha metodología, en sus dos vertientes: la discriminación directa y la discriminación indirecta.



El objeto de estudio es delimitado en estos dos primeros capítulos y cristaliza en el tercero y último, que comienza con una breve aclaración sobre qué es y qué conlleva enjuiciar con perspectiva de género, tratándose de una metodología de análisis vinculante para el poder judicial español, como se continúa explicando. En último lugar, se realiza un breve análisis de una serie de sentencias de diferentes niveles jurisdiccionales, las cuales o bien aplican de forma expresa la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de la norma; o bien resuelven con la misma metodología pero de forma implícita o aportan nuevos conceptos a la teoría feminista.

Para finalizar, se expondrán las conclusiones que se hayan entendido más relevantes a partir del estudio realizado y la formulación de algunas recomendaciones personales.

## **II. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA FEMINISTA SOBRE EL SISTEMA SEXO/GÉNERO: S. DE BEAUVOIR Y K. MILLET. EN PARTICULAR, LAS CONTRIBUCIONES DE C. PATEMAN Y C. MACKINNON.**

A lo largo de la historia, la mujer ha permanecido subordinada y oprimida ante los hombres. Así, según la imprescindible reflexión de Simone de Beauvoir, la mujer siempre se ha definido en torno a la figura masculina, limitándola a afirmarse como el *otro*: no como sujeto, sino como *alteridad*, como objeto.<sup>1</sup>

Desde los primeros tiempos del patriarcado, los hombres mantuvieron a las mujeres en estado de dependencia, detentando todos los poderes y estableciendo códigos contra ellas, reduciéndolas de este modo a la condición de *Otras*. Para Beauvoir, la categoría de *Otra* sirve para explicar la división de las sociedades en dos grandes grupos: el de los hombres, que sería el grupo opresor, y el de las mujeres, que sería el oprimido.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, 14ª ed., Cátedra, Madrid, 2019, pp. 52-53.

<sup>2</sup> DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, cit., p. 15.

El resultado es que la mujer se conoce y se elige, no en la medida en que existe para sí, sino tal y como la define el hombre.<sup>3</sup>

Por tanto, desechando la posibilidad de que la categoría de *Otra* se deba a la constitución biológica, define al ser humano como un ser histórico y cultural y, analizando a la mujer desde el punto de vista de la psicología, se descubre que las diferencias hombre/mujer son también culturales, y se transmiten a través de la educación.

En el último capítulo de *El segundo sexo*, “la mujer independiente”, señala las vías de liberación de la opresión: educar a las niñas en la autonomía y que, cuando sean adultas, consigan la independencia mediante el propio trabajo y la autonomía a través de una lucha colectiva por su emancipación. Para ello, lo que debe cambiar para que la mujer cambie es la situación; no basta con cambiar la economía si no cambian la moral, la sociedad, la cultura. Y esto no se conseguirá sino por una evolución colectiva de la forma de ser mujer, fruto de una lucha colectiva.<sup>4</sup>

Posteriormente, Kate Millet, continuadora de Simone de Beauvoir y figura clave del feminismo radical, profundiza al asegurar que el patriarcado es definido como política sexual: la relación entre los sexos es política porque es una relación de poder, donde un grupo de personas queda bajo el control de otro grupo. En el Capítulo 2 de su libro *Política Sexual*, denominado “Teoría de la política sexual”, afirma que la supremacía masculina, al igual que los demás credos políticos, radica en la aceptación de un sistema de valores cuya índole no es la biológica.<sup>5</sup>

Con el propósito de reforzar dicha afirmación sobre la subordinación de la mujer y, por ende, sobre la supremacía del hombre, merecen mención especial las obras de tres autoras contemporáneas procedentes de tres disciplinas del

---

<sup>3</sup> DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, cit., p. 206.

<sup>4</sup> DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, cit., pp.17-30.

<sup>5</sup> VARELA MENÉNDEZ, A., *Feminismo para principiantes*, B de Bolsillo, Barcelona, 2019, p. 117.

conocimiento distintas: la antropóloga G. Rubin, la científica política C. Pateman y la jurista C. Mackinnon.

Gayle Rubin, en su ensayo *El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo*, llama, a falta de una noción más apropiada, sistema de sexo/género al conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana, y en el cual se satisfacen esas necesidades humanas transformadas.<sup>6</sup> De esta forma, se desdice de su anterior trabajo *The Traffic in Women*, donde mencionaba por vez primera dicho sistema, si bien sin distinguir entre deseo sexual y género, para acabar afirmando que, aunque el sexo y el género están relacionados, no son la misma cosa, y que es esencial analizar separadamente género y sexualidad si se desean reflejar con mayor fidelidad sus existencias sociales distintas.<sup>7</sup>

Retornando al ensayo de *El tráfico de las mujeres*, Rubin realiza una lectura de Marx, Engels, Levi-Strauss y Freud, autores que previamente discutieron acerca del género y de las relaciones sexuales, con el fin de llegar a una definición más desarrollada de dicho sistema sexo/género, así como para descubrir los mecanismos por los cuales las mujeres son relegadas a una posición secundaria en las relaciones humanas. Si bien Rubin coincide con Marx en que el trabajo de las mujeres en casa contribuye a la cantidad final de plusvalía realizada por el capitalista, cree que este no analiza el origen de la opresión de las mujeres, al darse esta de igual modo en sociedades que no son consideradas capitalistas. Por otra parte, incide en la necesidad de continuar el proyecto de Engels, donde ubica la subordinación de las mujeres en un proceso dentro del modo de producción: utiliza la vía de los sistemas de parentesco, que están formados y reproducen formas concretas de sexualidad socialmente organizada. Levi-Strauss, recoge la idea de que recibir y devolver regalos domina las relaciones sociales, añadiendo que el matrimonio es una forma básica de intercambio de

---

<sup>6</sup> RUBIN, G., «El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo», *Revista Nueva Antropología*, núm. 030, 1986, pp. 95-145, en p. 97.

<sup>7</sup> RUBIN, G., *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales. 1989, pp. 53-54. Recuperado de: <https://museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/150121gaylerubin.pdf>

regalos donde la mujer es el regalo máspreciado; en el que, además, no solo se establece una relación de reciprocidad, sino también de parentesco; y en el que la mujer tampoco está en condiciones de recibir los beneficios de su propia circulación, sino que el beneficiario de tal intercambio es el hombre. Pues bien, partiendo de estas tres afirmaciones, el intercambio de mujeres resulta un sistema en que las mujeres no tienen pleno derecho sobre sí mismas. La autora también busca reformular la teoría clásica de la adquisición de la femineidad del psicoanálisis, permutando el lenguaje que emplea Freud, el cual se nutre de desafortunados conceptos tales como “envidia del pene” y “castración”, por la terminología de Lacan, que ve el parentesco como conceptualización de la sexualidad biológica a nivel social.<sup>8</sup>

Carole Pateman, por su parte, realiza en *El contrato sexual* una relectura de los textos y autores clásicos de la tradición del contrato social.<sup>9</sup> Incide en que se habla mucho del contrato social, al que define como historia de libertad, pero se ha silenciado el contrato sexual. Se trata este último de un contrato originario, el cual fija como una historia de sujeción y medio a través del cual el patriarcado moderno se construye, donde los varones adquieren unos derechos de acceso al cuerpo de la mujer y esta aparece excluida de dicho pacto originario, de forma que no son parte, sino objeto de este. Los teóricos clásicos, con la excepción de Hobbes, sostienen que la mujer carece naturalmente de los atributos y de las capacidades de los “individuos”.<sup>10</sup>

En tercer lugar, Catherine Mackinnon habla de la expropiación de la sexualidad femenina<sup>11</sup>, al afirmar que no son las mujeres quienes se definen a ellas mismas, sino que se definen según la función que su sexualidad tenga para los hombres.<sup>12</sup> El vehículo de dicha expropiación son las acciones, en un sentido

---

<sup>8</sup> RUBIN, G., «El tráfico de mujeres...», cit., p. 97-122

<sup>9</sup> PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, p. XI.

<sup>10</sup> PATEMAN, C., *El contrato sexual*, cit., p. 9-15.

<sup>11</sup> MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995, p. 273.

<sup>12</sup> MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista...*, cit., p. 242 y 251-253.

amplio, incluyendo como tal las expresiones, las palabras y las imágenes,<sup>13</sup> y poniendo como un claro ejemplo la pornografía, que trata de acciones reales de discriminación donde el sexo que la hace es real y con frecuencia abuso<sup>14</sup>, además de sexualizar la desigualdad.<sup>15</sup>

Llegados a este punto, conviene hacer referencia a aquel factor que origina dicha subordinación de la mujer y que, conforme han expresado las citadas autoras, poco tiene que ver con la biología.

Se trata del concepto de *género*, categoría central de la teoría feminista y, entendido por Simone de Beauvoir, como “lo que la humanidad ha hecho con la hembra humana”. Por tanto, todas las normas, obligaciones, comportamientos, pensamientos, capacidades y hasta carácter que se ha exigido que tuvieran las mujeres por ser biológicamente mujeres.<sup>16</sup>

El concepto de género, utilizado por primera vez por Robert J. Stoller, en 1968, no es sinónimo de sexo, el cual se refiere a la biología:

“El vocablo sexo se referirá en esta obra al sexo masculino o femenino y a los componentes biológicos que distinguen al macho de la hembra (...) ahora bien, esta definición no abarca ciertos aspectos esenciales de la conducta -a saber, los afectos, los pensamientos y las fantasías-, que, aun hallándose ligados al sexo, no dependen de factores biológicos.”<sup>17</sup>

La perspectiva de género surge como respuesta a esa subordinación de la mujer basada en las diferencias culturalmente construidas sobre el sexo.

---

<sup>13</sup> MACKINNON, C., *Only words*, Harvard University Press, United States of America, 1996, p. 13.

<sup>14</sup> MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista...*, cit., p. 270.

<sup>15</sup> MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista...*, cit., p. 254.

<sup>16</sup> VARELA MENÉNDEZ, A., *Feminismo para principiantes*, cit., p.232.

<sup>17</sup> STOLLER, ROBERT J., *Sex and Gender*, Science House, Nueva York, 1968, pp. VIII y IX del prefacio, citado en MILLETT, Kate, *op. cit.*, p.77.

La necesidad de utilizar tal perspectiva aparece con los movimientos de mujeres y el feminismo de los años sesenta y setenta del siglo XX, que fueron aportando al conocimiento las causas de la desigualdad y discriminación universal de las mujeres, y conceptualizando dicha situación.

Partiendo de distinguir los comentados conceptos de sexo/género, la perspectiva de género se constituye como un sistema de análisis que permite comprender que la situación de las mujeres sólo puede ser explicada a partir del sistema de valores determinado por el género. Permite, pues, distinguir el plano biológico del nivel cultural y social en que se inscriben los comportamientos humanos, así como desvelar las consecuencias que la situación de los hombres y de las mujeres, culturalmente pautada, tienen para cada grupo.

El género da cuenta de las expectativas y valores que una sociedad asocia al hecho de ser mujer o varón y se concreta a través de roles y de estereotipos que, entendidos como ideas, creencias, prejuicios, actitudes y opiniones sociales preconcebidas que se tienen sobre las pautas y reglas de comportamiento respecto a una persona o grupo, en función de la edad, sexo, etnia u otras características, mediante su repetición frecuente, se fijan, transmiten y perpetúan.<sup>18</sup>

En este contexto, se habla de estereotipo de género que, si bien afectan tanto a hombres como mujeres, tienen un mayor efecto negativo sobre estas últimas, al haberseles asignado roles invisibilizados y considerados inferiores a los de los hombres.<sup>19</sup>

El género, como nueva categoría analítica, se muestra fundamental para los estudios del derecho en este caso, ya que, entendiendo este como instrumento

---

<sup>18</sup> COLLADO MATEO, C., «Algunas notas para la perspectiva de en la docencia del derecho constitucional», en Julia Sevilla Merino (coord.), *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*, Valencia, 2014, pp. 183-194, en pp. 185-190

<sup>19</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. Recuperado de: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero-haciendo-realidad-el-derecho-la-igualdad>.

esencial para regular los poderes e intereses sociales y para institucionalizar relaciones de poder, es el género el que ha permitido distinguir y definir, entre las diferentes posibles relaciones de poder social, las relaciones de mujeres y hombres como relaciones de género o sistema sexo/género, creadas por la estructura político-social del patriarcado.

En definitiva, la perspectiva de género es una nueva manera de mirar la realidad, que permite comprender mejor que la discriminación que, en mayor o menor medida, sufren las mujeres en todos los lugares del mundo, responde a ciertas relaciones de poder social, producto de la estructura social patriarcal, que se han denominado relaciones de género o sistema sexo/género, construidas cultural e históricamente, en todos los ámbitos, donde se produce la confusión entre sexo y género, entre naturaleza y cultura; que este fenómeno es de carácter estructural, al afectar a todos los ámbitos de la vida social, que no se reduce a comportamientos o prácticas individuales o concretas y que, si no se actúa contra el mismo, tiende a perpetuarse y reproducirse.<sup>20</sup>

### **III. IGUALDAD DE GÉNERO EN EL ÁMBITO LABORAL: NORMATIVA**

El principio de igualdad es uno de los pilares de los estados democráticos, y como valor superior en una sociedad democrática está presente en toda la historia del constitucionalismo.

#### **1. A nivel internacional**

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), ya se comenzaba afirmando: “consideramos verdades evidentes en sí mismas que todos los hombres han sido creados iguales”, y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), por su parte, afirma, en su artículo 1, que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”.

---

<sup>20</sup> COLLADO MATEO, C., «Algunas notas para la perspectiva...», cit., pp. 185-190.

Asimismo, el principio de igualdad se reconoce de forma expresa a nivel internacional desde 1948, momento en que se declara por la Asamblea General de las Naciones Unidas la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual recoge, en su primer artículo, que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, así como que tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley y contra toda discriminación, conforme su séptimo artículo.<sup>21</sup> Dichos derechos, así como los que completan la Declaración son, de acuerdo con su introducción, inalienables de todas las personas, en todo momento y en todo lugar.<sup>22</sup>

A nivel laboral, la observancia de la igualdad de oportunidades y de trato ha sido uno de los objetivos fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la agencia especializada de la ONU que se encarga de las cuestiones relacionadas con el trabajo en el mundo,<sup>23</sup> desde su fundación en 1919 bajo el auspicio de la Sociedad de Naciones. Mención expresa cabe hacer de la adopción en 1998 de la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, donde se proclama la eliminación de la discriminación como principio inherente a toda política de la OIT, haciendo referencia a los Convenios número 100 y 111, que son los fundamentales en la cuestión de la no discriminación. Además, se proclama en dicha Declaración que la adhesión a la organización de un Estado crea una obligación de promover estos derechos, haya ratificado o no el Estado los convenios fundamentales que los enuncian.

Seguidamente, en lo relativo a la mujer en el trabajo, a diferencia de las normas proteccionistas y paternalistas establecidas en el s.XIX que fomentaban el rol tradicional de madre y cuidadora de la familia, el s.XX adquiere relevancia en materia de igualdad con acciones específicas, tales como el Convenio 100 OIT

---

<sup>21</sup> BENAVIDES, M. y HARBOTTLE, F., «El principio de igualdad en materia laboral: un abordaje desde la perspectiva de género como principio general del derecho», *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, núm. 16, 2019, pp. 97-107, en p. 97-98.

<sup>22</sup> Asamblea General de la ONU. (1948). "Declaración Universal de los Derechos Humanos" (217 [III] A). París. Recuperado de <http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>

<sup>23</sup> <https://www.unaids.org/es/aboutunaids/unaidscosponsors/ilo> (fecha de la última consulta: 20 de abril de 2020)



(1951), con el que se procura garantizar y promover el principio de igualdad de remuneración del salario entre mujeres y hombres cuando realizan un trabajo de equivalente valor. La OIT, en política de igualdad de género, busca el fortalecimiento de las capacidades de los gobiernos, las organizaciones de empleadores y los sindicatos para emprender acciones por la igualdad de género en el mundo del trabajo.<sup>24</sup>

Más tarde, en 1979, se aprueba el Convenio sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), tratado internacional de la ONU, en cuyo art. 1 se proclama que se entiende como "discriminación contra la mujer" toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Además, conforme al artículo 4 del Convenio, se consideran no discriminatorias las acciones positivas y la protección de la maternidad, entendiéndose las primeras como medidas temporales cuyo fin es acelerar la participación, en condiciones de igualdad, de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja en el ámbito político, económico, social, cultural y en cualquier otro, y debiendo cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato.<sup>2526</sup> Dichos mecanismos responden al hecho de que no es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre, dado que se deben tener en cuenta las diferencias biológicas y culturales. El logro del objetivo de la igualdad sustantiva exige una estrategia eficaz encaminada a corregir la representación insuficiente de la mujer y una redistribución de los

---

<sup>24</sup> BENAVIDES, M. y HARBOTTLE, F., «El principio de igualdad en materia laboral...», cit., pp. 99-102.

<sup>25</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. Recuperado de: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero-haciendo-realidad-el-derecho-la-igualdad>.

<sup>26</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, N° 69. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 16 de diciembre de 1983. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>

recursos y el poder entre el hombre y la mujer, conforme apunta la Recomendación general sobre el artículo 4.<sup>27</sup>

La ONU ha organizado cuatro conferencias mundiales sobre la mujer, que se celebraron en Ciudad de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995), donde la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz de las Naciones se convirtió en un tema central. El concepto de “perspectiva de género”, se incluye por primera vez en el discurso de la ONU en 1975, en relación a las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres, al cuestionarse que unas políticas aparentemente neutrales podían tener como efecto la consolidación de las desigualdades de género.<sup>28</sup>

De las mencionadas conferencias, en concreto la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing, marca un importante punto de inflexión para la agenda mundial de igualdad de género.<sup>29</sup> Dicha Conferencia supone el triunfo del principio de transversalidad de la dimensión de género,<sup>30</sup> además el concepto perspectiva de género consigue consolidarse: por primera vez se aborda el concepto de género, y también la violencia contra las mujeres, como una vulneración de los derechos humanos. En este contexto, se introduce la perspectiva de género como una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres para contrarrestar las políticas descritas como “neutrales”, que venían a consolidar las desigualdades de género existentes, convirtiéndose en una estrategia central para lograr la igualdad de facto.<sup>31</sup> Asimismo, se adoptan en Beijing dos documentos: uno es la Declaración de Beijing, en la que los

---

<sup>27</sup> ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/52d905144.html> [Accesado el 20 Abril 2020].

<sup>28</sup> POYATOS i MATAS, G., «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa», *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019, pp. 1-21, en p. 2.

<sup>29</sup> Conferencias mundiales sobre la mujer. (s.f.). Recuperado de <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

<sup>30</sup> Lousada Arochena, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., p. 58.

<sup>31</sup> POYATOS i MATAS, G., «Juzgar con perspectiva de género...», cit., p. 2.

Gobiernos participantes se comprometen a aplicar la Plataforma, garantizando en sus políticas y programas el reflejo de la perspectiva de género. El otro es la Plataforma para la Acción, que desarrolla un programa encaminado a crear condiciones necesarias para la potenciación del papel de la mujer en la sociedad, es decir, para su empoderamiento, estructurándose en doce esferas cruciales tales como la pobreza, la educación o la salud. La adopción de tales compromisos, derivados del principio de transversalidad de la dimensión de género, ha supuesto la consolidación del feminismo de Estado.<sup>32</sup>

## **2. A nivel comunitario**

A nivel comunitario, y como consecuencia de la Declaración de Beijing y de la Plataforma para la Acción, la transversalidad adquiere máximo rango normativo con el art. 8 del TFUE (Lisboa, 2008), al proclamar que en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad. Por otra parte, el art. 157 ordena la aplicación del principio de igual retribución a cada Estado miembro, habilita adoptar directivas en asuntos de empleo y ocupación, y autoriza las acciones positivas. Más allá, el art. 19 del TFUE habilita al Consejo, con arreglo a una serie de formalidades, para adoptar directivas de igualdad, entre las que cabe destacar la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por su parte, dedica su Capítulo III a la igualdad y, en concreto, el art. 21 prohíbe toda clase de discriminación, por razón de sexo entre otras causas, mientras que el art. 23 ordena que la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución, además de proclamar que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción

---

<sup>32</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el derecho del trabajo y de la seguridad social* (tesis doctoral). Universidad de Coruña, Coruña, 2013, p. 58.

de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.<sup>33</sup>

Dentro del marco del Consejo de Europa, a pesar de no haber experimentado las normas sobre la igualdad entre mujeres y hombres cambios tan notorios como en la UE, interesa destacar la revisión de la Carta Social Europea (1996), donde se elimina de su art. 8 la prohibición de determinados trabajos para las mujeres, así como la aprobación del Protocolo 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (2000), en cuyo art. 1 se decreta la prohibición general de la discriminación, a fin de asegurar el goce de todos los derechos reconocidos por la ley. Más allá de la normativa, sí se han adoptado un número importante de acciones que demuestran la evolución en el concepto de igualdad, tales como Recomendaciones del Comité de Ministros o la Asamblea Parlamentaria.<sup>34</sup>

### **3. A nivel estatal**

En último lugar, procede hacer referencia a la normativa en el plano estatal.

La Constitución de 1978 es la norma fundacional del sistema político jurídico en el que vivimos actualmente, y se considera jerárquicamente superior a las demás.<sup>35</sup> El ámbito de la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres, se construye sobre la base de los arts. 1.1, 9.2, 10 y 14 CE<sup>36</sup> y, en concreto, los dos preceptos constitucionales de referencia son los arts. 9.2 CE y 14 CE. Por una parte, el art. 9.2 CE establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida

---

<sup>33</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., p. 59-60.

<sup>34</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., pp. 59-64.

<sup>35</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «La mujer en las normas», en A. Bergareche Gros (coord.), *Reconstruyendo el derecho desde una perspectiva de género: Materiales para la igualdad*, Tórculo Comunicación Gráfica S.A., Vigo 2017, pp. 47-91, en p. 48.

<sup>36</sup> TORRES DÍAZ, MC., «Mujeres y derechos: la categoría 'género' como garantía constitucional y la perspectiva de género como metodología jurídica.», *Revista Ius Inkarri*, núm. 8, 2019, pp. 35-67, en p. 44.

política, económica, cultural y social”. El art. 14 CE, por su parte, determina que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Este art. 14, al ubicarse en el Capítulo II del Título I CE, ha de interpretarse como derecho y como principio de actuación y de interpretación del resto de los derechos fundamentales a los que antecede. Ambos preceptos nos hablan de las dos nociones de igualdad: la formal, que pretende evitar las diferencias entre los ciudadanos consagradas en la ley, y la material, que sólo se puede alcanzar tratando de forma distinta a los diferentes y legislando en favor de “los desiguales”, puesto que la igualdad meramente proclamada en la ley no ayuda a superar las situaciones reales de desigualdad. Si bien históricamente surge primero la noción de igualdad formal, hoy se entienden ambas nociones como inescindibles.

La igualdad, a día de hoy, está constitucionalmente configurada con un carácter trifronte: “el artículo 14 de la CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas” (STC 49/1982). Las nociones fundamentales que nos permiten transitar entre estos tres frentes son: igualdad ante la ley, la cual debe ser universal, general, abstracta y duradera, e igualdad en la aplicación de la ley, que se configura como límite al legislador, exigiéndole que trate a todos los ciudadanos por igual, teniendo ese límite, a su vez, un contralímite, al haber exigencia de promover la igualdad real o igualdad material que consagra el art. 9.2 CE. Dicho contralímite, por tanto, actúa como excepción, constitucionalmente legítima, a la imposición de una igualdad formal en la ley, dando paso a la idea de diferenciación en la ley, entendiéndose como cualquier trato desigual consagrado en la ley que cuenta con una desigualdad de los supuestos de hecho y una finalidad constitucionalmente admisible, que sea razonable, congruente y proporcional. Dentro de las medidas de diferenciación podemos identificar las anteriormente mencionadas medidas de acción positiva, que tratan de actuaciones públicas que, sin perjuicio de terceros, fomentan la igualdad real de determinado grupo

social, y medidas de discriminación inversa, que suponen acciones de discriminación de un grupo en favor de otro grupo tradicionalmente discriminado.<sup>37</sup>

En este sentido, el Tribunal Constitucional comienza a cambiar el rumbo de sus resoluciones, encaminadas a la igualdad material, a finales de los ochenta, con resoluciones como la STC 128/1987, de 16 de julio, donde se refiere por vez primera al concepto de “acción positiva”.<sup>38</sup> En ella, a propósito de un plus de guardería para el personal femenino se negó su extensión al masculino, al ser medida de acción positiva para permitir a las madres conservar su trabajo facilitándoles el cuidado de sus hijos.<sup>39</sup>

La perspectiva de género, como tal, comienza a ser introducida en la legislación estatal bajo el empuje de la Conferencia de Beijing.<sup>40</sup>

La Ley 30/2003 de 10 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, insta que los proyectos de ley y disposiciones reglamentarias irán acompañadas de un informe, sobre el impacto por razón de género, de las medidas que contienen.

Mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, se aborda, por primera vez en nuestro ordenamiento, la violencia contra las mujeres desde la perspectiva de género.

En la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se indica alguno de los ámbitos donde resulta patente la pervivencia de discriminación por razón de sexo, como la discriminación salarial, la

---

<sup>37</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «La mujer en las normas», cit., p. 50-52.

<sup>38</sup> MONTESINOS PADILLA, C., «Género y Tribunal Consitucional», en A. Bergareche Gros (coord.), *Reconstruyendo el derecho desde una perspectiva de género: Materiales para la igualdad*, Tórculo Comunicación Gráfica S.A., Vigo, 2017, pp. 93-131, en p. 101.

<sup>39</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., p. 91.

<sup>40</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., p. 95.

discriminación en las pensiones de viudedad o el mayor desempleo femenino, así como la necesidad de una acción normativa dirigida a combatir las manifestaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Por otra parte, conforme introduce en su exposición de motivos, la LOIEMH incorpora el «acervo comunitario» introduciendo al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato: la 2002/73/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.<sup>41</sup> Del mismo modo, prevé un marco general para la adopción de las acciones positivas «bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género».

### 3.1. Dimensión objetiva del derecho a la igualdad de hombres y mujeres del art. 4 LOIEMH

Conforme reconoce la jurisprudencia constitucional desde la STC 25/1981, de 14 de julio, los derechos fundamentales ostentan una doble dimensión: la subjetiva, que supone la atribución de facultades a las personas para hacerlas valer en situaciones concretas, y la objetiva, que supone el reconocimiento de los derechos fundamentales como valores objetivos del orden constitucional, traduciéndose en un deber de protección y promoción de los derechos fundamentales por los poderes públicos, llamado doctrinalmente fuerza expansiva de los derechos fundamentales.

El derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre hombres y mujeres, recogido y desarrollado en la LOIEMH, excede de la dimensión subjetiva para configurar una dimensión objetiva. La fuerza expansiva de la tutela de la igualdad de los sexos vincula a los poderes públicos y se establece en el art. 4 LOIEMH,

---

<sup>41</sup> Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. 22 de marzo de 2007. BOE. N° 71. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>

traduciéndose en la interpretación a favor de la igualdad de los sexos y a la función integradora de la igualdad de los sexos. Por una parte, el mencionado art. 4 positiviza la interpretación a favor de la igualdad de los sexos, que solo adquirirá virtualidad cuando exista una duda de derecho objetiva. Además, dicha interpretación obliga a aplicar la igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico, donde la duda se resolverá comprobando, conforme a la técnica de ponderación, en qué solución la igualdad obtiene su mayor efectividad. Por último, la igualdad de trato entre mujeres y hombres se debe interpretar conforme al art. 3 LOIEMH, donde se equipara la perspectiva de igualdad de trato con la prohibición de discriminación directa e indirecta, que en la práctica se reduce a verificar si se ha vulnerado o no la prohibición de discriminación, mientras que la perspectiva de igualdad de oportunidades supondría resolver la duda en derecho a favor de la solución con los efectos más beneficiosos sobre la igualdad. Por otra parte, se reconoce la función integradora del principio de igualdad de los sexos, que supone la ausencia de una norma aplicable al caso real, dando lugar a una laguna normativa que puede consistir en una laguna de regulación, por ausencia de regulación positiva, o en una laguna axiológica, por la ausencia de consideración, en una regulación positiva, del valor de igualdad de los sexos que, por su trascendencia constitucional, se debió haber observado. Estas últimas son más difíciles de identificar, por lo que muchas veces es la intervención judicial la que elimina el efecto perverso.<sup>42</sup>

### 3.2. Discriminación directa e indirecta del art. 6 LOIEMH

Resulta conveniente, del mismo modo, exponer la lectura que realiza F. Lousada sobre los conceptos de discriminación directa e indirecta con base en los arts. 3 y 6 de la LOIEMH: mientras que el primero incide en que la igualdad de trato radica en la ausencia de discriminación directa e indirecta, el art. 6 define ambas vertientes de la discriminación, en consonancia con los conceptos que se ofrecen en la Directiva 2006/54/CE del parlamento europeo y del consejo de 5 de julio de 2006.

---

<sup>42</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., pp. 150-160.



Por un lado, la discriminación sexista directa, dispone el art. 6.1 LOIEMH, se trata de "la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable". Tal y como expone Lousada, a dicho concepto se le podría dar dos lecturas: una tradicional, situación comparable en clave de sexo, sin añadidos socioculturales, que lleva a la desestimación de la demanda de igualdad si no se encuentra dicha situación comparable, y otra construida sobre una perspectiva de género, flexibilizadora de esta situación comparable. Puesto que la lectura tradicional imposibilitaría dicha búsqueda de igualdad, se entiende necesario reconceptualizar el concepto de discriminación sexista directa en clave de género, sin que sea contrario al concepto legal de la LOIEMH, estableciendo como punto de partida la situación de subordinación de las mujeres respecto a los hombres a causa de los prejuicios de género, permitiendo incorporar al tradicional elemento comparativo otros supuestos donde la comparación es más flexible, y habiendo inmediata causalidad de los prejuicios de género.

Por otra parte, prosigue, el trato discriminatorio está compuesto de un elemento objetivo, que trataría de una acción, palabra u omisión, pudiendo ser impropia la omisión, es decir, una comisión por omisión de la persona garante, como podría ser el deber de prevención empresarial de acoso sexual de sus trabajadores/as. Asimismo, está integrado por un elemento subjetivo, que será, a grandes rasgos, dolo o culpa, soliendo ser dolosa este tipo de discriminación.

Más allá, Lousada expone la clasificación más extendida en la doctrina de la discriminación sexista directa: la abierta y la oculta (en la indirecta es solo oculta). En la abierta, quien discrimina toma abiertamente en consideración, con el trasfondo de los prejuicios de género, el sexo de la víctima y se corresponde con la manifestación más perceptible e identificable de la discriminación sexista, como podría darse en una orden de discriminar. Se trata de la más evidente y la más erradicada en los ordenamientos jurídicos avanzados. Por otra parte, en la oculta, quien discrimina toma en consideración alguna circunstancia que encubre la consideración del sexo de la víctima y que es un elemento esencial dentro de la construcción social y cultural del género, como podría ser el estado civil de la

mujer casada, por ello se quiere garantizar en la normativa la igualdad de la mujer "independientemente de su estado civil".

Por otro lado, el concepto de discriminación indirecta se incorpora en el art. 6.2 de la LOIEMH (por la Directiva 2006/54/UE), tratándose de la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima. Se da, por ejemplo, en el "caso Fasa Renault", supuesto en que se exigía titulación de formación profesional segundo grado en ramas técnicas para un puesto de trabajo de especialista en la cadena de montaje, lo que suponía que no se contrataran mujeres al tratarse de una titulación masculinizada.

Ambas discriminaciones, directa e indirecta, tienen en común que se tratan de discriminaciones sexistas de una situación de subordinación de las mujeres respecto de los hombres a causa de los prejuicios de género, y tal situación se concreta en la diferencia de trato. La diferencia radicaría en la distinta conexión de causalidad entre estos elementos comunes. Mientras que en la directa el trato dado a la víctima trae su causa inmediata en los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación, como es el caso de la mujer como objeto sexual en el acoso sexual, en la indirecta la causalidad no es inmediata, porque se interpone una circunstancia que obedece a diferencias físicas entre hombres y mujeres apreciables en promedio que, en la construcción social y cultural del género, se sobrevaloran si son de predominancia masculina, como el hecho que los trabajos de fortaleza física tengan mayor retribución, o a una característica social o cultural que se explica a causa de los roles de género.<sup>43</sup>

Cambiando el foco a la normativa laboral, el ET contempla la prohibición de discriminación sexista directa o indirecta en hasta siete artículos: el 4.2.c), el

---

<sup>43</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., pp. 162-216.

16.2, el 17.1, el 22.3, el 23.2, el 24.2 y el 28. Además, el ET alude en otros dos artículos a la igualdad de trato y de oportunidades: el 63 y el 85.1.II –que son normas de derecho colectivo-. También es muy insistente al respecto la Ley de Empleo, destacando su art. 22 bis.<sup>44</sup>

Entre los derechos de las personas en la relación laboral o derivados del contrato, recogidos en el art. 4.2 c), se reconoce el derecho a no ser discriminado directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados por razones, entre otras, de sexo. Tal derecho se desarrolla posteriormente en el art. 17 ET, indicando en su primer apartado, como consecuencia jurídica de la conducta discriminatoria, la nulidad y falta de efectos de los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en este caso. Por otra parte, sigue el apartado, serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de las personas trabajadoras como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Las conductas descritas constituyen un incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, de modo que la persona trabajadora puede solicitar la resolución del contrato por incumplimiento del empresario, con derecho a indemnización por despido improcedente, conforme se prevé en el art. 50 ET.

Asimismo, la LISOS recoge en su art. 8 que constituye infracción laboral muy grave del empresario, conforme a su 12º apartado, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas favorables o adversas en materia de retribuciones, jornadas, formación, promoción y demás condiciones de trabajo, por circunstancias, entre otras, de sexo, así como las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los

---

<sup>44</sup> LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres...*, cit., pp. 162-163.

trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación. Mientras, su apartado 13º dispone como infracción laboral muy grave del empresario el acoso sexual, cuando se produzca dentro del ámbito a que alcanzan las facultades de dirección empresarial.<sup>45</sup>

Por último, cabe hacer referencia al reciente Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Nace como complemento o actualización de la LOIEMH, dirigido a avanzar en la promoción de la igualdad laboral pendiente entre mujeres y hombres, aunque las expectativas no se cumplen en el articulado, calificado de precipitado e insuficiente, pues entre otros aspectos carece de una dimensión procesal que establezca garantías para el cumplimiento de las medidas que se proponen; falta una reforma del procedimiento especial de conciliación en el art. 139 LRJS, como también una revisión del procedimiento de oficio o de los sujetos legitimados; o no se soluciona el problema de las lagunas de cotización, que bajo la regulación actual perjudica fundamentalmente a las carreras profesionales más precarias, es decir, a las carreras profesionales de las mujeres. Sin embargo, no por ello el decreto es innecesario, pues sí es correcto y adecuado en los objetivos generales. El permiso de nacimiento es la principal innovación, en volumen y detalle de tratamiento: el antiguo permiso de paternidad (o del otro progenitor), se amplía hasta tener la misma duración que el antiguo permiso de maternidad (16 semanas con carácter general). Se trata de un derecho intransferible: se busca el fomento del reparto de la responsabilidad, por lo que si no se disfruta, se pierde. Lo más relevante en el nuevo permiso es la posibilidad de fraccionamiento por semanas completas que establece a partir del cumplimiento de las seis semanas obligatorias posteriores al parto (la misma regulación se extiende al permiso de adopción, guarda y acogimiento) tanto en el caso de disfrute por parte de la madre como en el caso del otro progenitor. Otro cambio

---

<sup>45</sup> TOVILLAS BARBANCHO, F. Derechos y deberes de las personas trabajadoras [Material del aula]. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2020.

importante que aborda el Real Decreto Ley es el antiguo permiso de lactancia, que pasa a llamarse “para el cuidado del lactante” en el 37.4 ET. Se trata de un derecho totalmente individual correspondiente a cada uno de los beneficiarios, que mantiene su duración hasta la edad de nueve meses del hijo, pudiendo extenderse hasta los doce en caso de que ambos ejerzan el derecho con la misma duración y régimen, premiando de esta forma la corresponsabilidad y constituyendo dicha prestación de la seguridad social lo más novedoso del permiso. El derecho pasa a ser intransferible, dejando de lado el efecto de la anterior regulación en el que era ejercido mayoritariamente por la madre al poder disfrutarlo solo un progenitor. No obstante, del mes noveno al duodécimo solo se da lugar a una prestación, siendo muy probable que esta adición sea disfrutada por la madre, difuminando de nuevo la finalidad del reparto.<sup>46</sup>

#### **IV. ENJUICIAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL**

##### **1. Enjuiciar con perspectiva de género: concepto**

Quienes operan en el ámbito judicial nacen y se educan en la misma sociedad prejuiciosa que el resto de las profesiones, por lo que no es sorprendente que los prejuicios se eleven a la categoría de “justicia” a través de las actuaciones y resoluciones judiciales de todo tipo.<sup>47</sup>

De este modo, aplicar la perspectiva de género a la hora de juzgar, supone asumir que el sistema jurídico, sus normas y sus aplicadores, adolecen de un sesgo condicionado por el género, que impide valorar las particularidades de la titularidad de los derechos subjetivos y fundamentales por parte de las mujeres, privando de alcanzar una justicia material más adecuada, que tenga en cuenta

---

<sup>46</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> A., «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146, 2019, pp. 13-40, en pp. 14-34.

<sup>47</sup> POYATOS I MATAS, G., «Juzgar con perspectiva de género...», cit., pp. 6-7.

los efectos diversos que las decisiones de justicia pueden tener para hombres y mujeres. Tal sesgo, omnipresente e implícito, es el que pretende superar la perspectiva de género en el oficio de juzgar.<sup>48</sup>

Es por ello que hacer real el principio de igualdad no permite neutralidad: no significa igualar las mujeres a los hombres, sino otorgar la misma consideración en el reconocimiento de sus diferencias, adoptando un enfoque constitucional, removiendo los obstáculos que dificulten la consecución de dicha igualdad e integrando la perspectiva de género, como criterio de referencia, en todos los casos que involucren relaciones asimétricas y patrones estereotípicos de género. Se entiende que, dichos estereotipos, son elementos cognitivos irracionales observados como verdades absolutas, que condicionan las actitudes y comportamientos y se transmiten mediante la educación social. De este modo, la emancipación de las mujeres queda condicionada inexorablemente a la eliminación de los estereotipos de género, en tanto que son la base de su discriminación.

Es de relevancia enfatizar, del mismo modo, que la interpretación del derecho con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio pro persona, criterio que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas.

En este contexto, juzgar con perspectiva de género podría definirse, conforme apunta Gloria Poyatos, como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género.

---

<sup>48</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2019, pp. 1-18, en p. 1.

La transversalización se consolida así como una herramienta de transformación social, para garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres.<sup>49</sup> Por otra parte, Itziar Gómez Fernández amplía el concepto dado por Poyatos al entender que, quizá, el máximo intérprete del sistema de derechos fundamentales debiera buscar una interpretación con perspectiva de género no solo en los “temas de mujeres”, sino en la configuración del efectivo ejercicio de los derechos fundamentales por parte de hombres y mujeres, teniendo en cuenta la autoconciencia de las mujeres como titulares de todos y cada uno de los derechos fundamentales.<sup>50</sup>

## **2. Vinculación del poder judicial**

El principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica no es una opción para el poder judicial, sino que le vincula, en base a su sumisión al imperio de la ley conforme dicta el art. 117 CE. Así se dota al derecho antidiscriminatorio de rango constitucional y se influye de manera directa en los tres elementos básicos de la actuación judicial:

1°. En la tramitación del procedimiento, a través de un numeroso conjunto de cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de la igualdad de género que, con carácter general, tienden a flexibilizar el rigor procesal y a garantizar la tutela de las víctimas, como son juzgados especializados, legitimaciones ampliadas, órdenes de protección y medidas cautelares, apoyo institucional a las víctimas, procedimientos preferentes y sumarios o sentencias dirigidas a conseguir la mayor efectividad de la tutela judicial.

2°. En la valoración de la prueba, a través de la distribución de la carga de la prueba de la discriminación y la relevancia de la declaración de la víctima.

3°. En la aplicación de las normas sustantivas, específicamente dirigidas a la mayor efectividad de la igualdad de trato y oportunidades, como son la

---

<sup>49</sup> POYATOS I MATAS, G., «Juzgar con perspectiva de género...», cit., pp. 1-16.

<sup>50</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia...», cit., p. 5.

prohibición de discriminación directa e indirecta, medidas de acción positiva, democracia paritaria e igualdad de oportunidades, derechos de maternidad y conciliación o protección frente a la violencia de género.

El principio de transversalidad exige la integración de la dimensión de género en la aplicación de todas las normas –estén dirigidas o no a la mayor efectividad de la igualdad de trato y oportunidades, y tanto si se trata de normas procesales como de normas sustantivas–.<sup>51</sup>

Dicha vinculación se advierte, de igual modo, a partir del art. 29 de la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que menciona la necesidad de introducción de procedimientos judiciales o administrativos adecuados con el fin de garantizar la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato.

Se insta, por otra parte, en los arts. 1, 2 c), d) y f) y 5 a) de la CEDAW, a los Estados Parte de la Convención, a establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer por conducto de los tribunales nacionales competentes, y a adoptar las medidas adecuadas que prohíban cualquier discriminación contra la mujer. La misma CEDAW, en su Recomendación núm. 33, insta a los Estados a que aseguren los derechos y protecciones jurídicas de las mujeres mejorando “(...) la sensibilidad del sistema de justicia a las cuestiones de género” y revisando las normas sobre la carga de la prueba para asegurar la igualdad entre las partes, así como desarrollar e implementar mecanismos eficaces e independientes para observar y supervisar el acceso de las mujeres a la justicia. Para finalizar, en su Recomendación núm. 35, conceptualiza la violencia de género como una forma de discriminación que traslada la responsabilidad de su erradicación a los Estados y/o poderes públicos, mediante una actuación de carácter inmediato, considerándoles responsables en caso de que no adopten

---

<sup>51</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F., «La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social», *Revista de derecho social*, núm. 76, 2016, pp. 39-58, en p. 42-43.



todas las medidas apropiadas para, entre otras, prevenir, investigar y enjuiciar por los actos u omisiones de violencia de género de agentes no estatales.<sup>52</sup>

Por otro lado, a nivel estatal la CE, en relación con los arts. 1.1, 14 y 9.2 mencionados con anterioridad, impone a los poderes públicos el mandato de remoción de obstáculos impeditivos de la igualdad real, mientras que en la LOIEMH y, en concreto, en su ya comentado art. 4, se normativiza en nuestro derecho interno el mandato internacional de perspectiva de género en el ámbito de la justicia, y en su art. 15 alega, por otra parte, la transversalidad de actuación de los poderes públicos respecto de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

Quienes juzgan, de este modo, quedan especialmente vinculados a hacer que el derecho a la igualdad y el acceso a la justicia, como normas imperativas de derecho internacional público y generadoras de obligaciones *erga omnes* que son, de acuerdo con el art. 53 la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ratificada por España, se traduzcan en realidades cuando actúan en un rol institucional. De no utilizar las herramientas de las que disponen para ello, podrían estar perpetuando la discriminación y revictimización a las mujeres, además de negarles el acceso a sus derechos y comprometer así la responsabilidad internacional del Estado.

De esta responsabilidad internacional tiene un ejemplo España: la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3a) de 17 de julio de 2018 que condena a la Administración General del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia en el caso de Ángela González.

El 16 de julio de 2014, el Comité CEDAW, órgano que supervisa la aplicación de la Convención, emitió su Dictamen en relación con el caso de Ángela González Carreño, ciudadana española que recurrió al Comité frente al Estado español, al entender que se habían vulnerado sus derechos humanos reconocidos en la

---

<sup>52</sup> TORRES DÍAZ, MC., «Mujeres y derechos: la categoría...», cit., pp. 41-44.

CEDAW, sustancialmente por la tramitación y toma de decisiones en los diversos procedimientos judiciales tramitados, que finalizaron con el asesinato de su hija, a manos del propio padre, condenado previamente en diversas ocasiones por maltrato hacia su esposa y madre de la niña, en una visita de la menor no vigilada. Esta sentencia es pionera porque, a pesar de la carencia de procedimiento legal específico, dota de efectividad un Dictamen del Comité CEDAW (con carácter vinculante para los países signatarios), que determina que España infringió los derechos de la autora y su hija fallecida, e incluye expresamente otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos. Es trascendental en el avance de género judicial, porque abre un camino hacia la efectividad real, en términos judiciales, de lo contenido en los dictámenes del Comité CEDAW, y es a la vez un reconocimiento judicial de la perspectiva de género, al condenar por incumplimiento al estado español, entre otras cuestiones, por no integrar la perspectiva de género en las resoluciones judiciales, que califica como estereotipadas. Por ello, una de las recomendaciones que hacía el Comité al Estado español fue: “Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género.”<sup>53</sup>

### **3. Sentencias españolas que juzgan con perspectiva de género**

Si bien el principio de integración de la dimensión de género en la actividad judicial es vinculante, la incorporación de nuevos conceptos, la dificultad para identificar las discriminaciones, y la falta de formación del sector judicial, hace que la impartición de justicia no resulte fácil.

A pesar de esto, recientemente se anunció la primera sentencia del Tribunal Supremo en la que, expresamente, “se aplica la perspectiva de género”: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala penal) de 24 de mayo de 2018, (Rec.

---

<sup>53</sup> POYATOS I MATAS, G., «Juzgar con perspectiva de género...», cit., pp. 8-13

10549/2017). Se trataba de un caso de violencia de género, en el que el Tribunal revoca la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ciudad Real para estimar un asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco, en lugar de un homicidio intentado, al apreciar la existencia de alevosía en el agresor. Se analizó desde una perspectiva de género la acción desplegada por el hombre sobre la mujer, un maltrato habitual, porque el componente base de los ataques se centra en que estos se dirigen a la mujer que es su pareja y por el hecho de serlo.

Otra resolución es la Sentencia de la Sala Social del Tribunal de Justicia de Canarias (Las Palmas) de fecha 7 de marzo de 2017 (Rec. 1.027/2016), pionera por definir la técnica de cómo juzgar con perspectiva de género en una resolución judicial española. En el caso, la demandante contrajo matrimonio con el causante en 1981: en 1995 se dictó sentencia de separación y en 1999 fue dictada la sentencia de divorcio. Su exmarido falleció el 16 de junio de 2014, y fue entonces cuando se solicita la pensión de viudedad. El TSJ revocó la sentencia del juzgado social por la que se desestimaba la demanda de pensión de viudedad, destacando que en casos como este debía de juzgarse con perspectiva de género, integrándola de este modo en la valoración de la prueba. En primer lugar, los certificados del Instituto Canario de la Mujer, por los que se ratificaba que la actora fue atendida en el centro “por motivo de la incesante situación de violencia sufrida”, así como las 7 denuncias presentadas por la actora ante la comisaría y las 3 actuaciones judiciales por motivos como amenazas, violencia económica, lesiones e insultos proferidos por el causante, aunque no recayeran en condena, fueron valorados como indicios válidos de la situación de violencia de género, sin necesidad de condicionarlo a su ratificación judicial. Para finalizar, respecto a la ausencia de las hijas en el acto del juicio en calidad de testigos, así como el juzgado social utiliza el hecho para desestimar la demanda, el TSJ entiende que presenciar episodios de violencia física y psicológica a tempranas edades en el entorno doméstico, puede tener graves consecuencias psicológicas

en las personas, por lo que exigir su testimonio puede ser, en muchos casos, revictimizador.<sup>54</sup>

A continuación, con el propósito de profundizar en la jurisprudencia que resuelve en atención a esta incipiente metodología, se expondrá una serie de sentencias emanadas de diferentes niveles jurisdiccionales.

Comenzando el análisis por el TC, se ha entendido que este no realiza una construcción específica sobre el género, sino que habla indistintamente de sexo y género. La jurisprudencia constitucional no distingue las desigualdades basadas en el sexo de cualesquiera otras discriminaciones que cita el art. 14 CE, de modo que no ofrece siempre un resultado en el que prevalezca la “perspectiva feminista”, porque no siempre da pie a valorar que, entre las razones que justifican la existencia de diferenciaciones normativas pueden esconderse argumentos estructuralmente patriarcales .

Incluso en fechas recientes el TC ha dictado varios pronunciamientos que niegan la plena asunción del principio evolutivo en la interpretación de la Constitución, si se analiza dicha jurisprudencia desde el pensamiento feminista. Son en cambio sus votos particulares los que contienen el enfoque de género.<sup>55</sup>

Por ejemplo, en el ámbito laboral, la serie de SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019, responden a un litigio estratégico que decidió abordar la PPiINA, en el que varios padres integrantes de la Plataforma, en distintos lugares de España, solicitaron a la Seguridad Social, concluso el disfrute de sus respectivos permisos de 13 días, la ampliación y equiparación de la prestación de paternidad y maternidad. Las solicitudes son denegadas y, del mismo modo, acaban desestimados sus recursos de amparo una vez alcanzan el TC. En concreto, la STC 111/2018, de 17 de octubre, estima que la duración inferior del permiso de paternidad (13 días) en comparación con el permiso de maternidad

---

<sup>54</sup> POYATOS I MATAS, G., «Juzgar con perspectiva de género...», cit., pp. 14-18

<sup>55</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia...», cit., pp. 7-8

(16 semanas), de acuerdo con la normativa vigente en 2015, no da lugar a un trato discriminatorio por razón de sexo, al contar cada permiso con un fundamento diferente: en el permiso por maternidad se persigue principalmente la protección de la salud de la mujer trabajadora durante el embarazo, parto y puerperio, mientras que la finalidad del permiso de paternidad es favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral fomentando la corresponsabilidad de padres y madres en el cuidado de los niños (FJ 5). Por contra, el voto particular con el que cuenta la sentencia, de la magistrada BALAGUER, concluye con la vulneración del art. 14 CE: aplicando el género como categoría de análisis jurídico, considera discriminatoria la duración cuestionada, al resultar contraria a la efectividad del derecho a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso al empleo y a la promoción profesional<sup>56</sup>, formándose “una clara barrera de entrada frente a quienes están fuera y un obstáculo a la promoción de quienes están dentro, porque generarán un efecto de desincentivo en quien contrata que sólo afecta a la mujeres, y que, por lo tanto, incide en la perpetuación de la discriminación laboral”.<sup>57</sup> Por último, conviene recordar que actualmente los permisos de paternidad y maternidad sí están equiparados, conforme al ya comentado RDL 6/2019, de 1 de marzo.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional sí ha realizado reveladoras aportaciones de conceptos a la teoría jurídica feminista, tales como las mencionadas nociones de discriminación directa, discriminación indirecta y acción positiva. Con este fin de incorporar nuevos conceptos, el Tribunal Constitucional utiliza a menudo la fórmula de la interpretación evolutiva, es decir, acomoda la Constitución, en tanto que se trata de un texto legal con múltiples mandatos abiertos, a las realidades de la vida moderna.

En cuanto a la “discriminación directa”, el Tribunal lo vincula al art. 14 CE, tratándose de “determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y

---

<sup>56</sup> GARCÍA CAMPÁ, S., «Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre.», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 433, 2019, pp. 1-22, en p. 4.

<sup>57</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia...», cit., pp. 15-17

que han situado (...) a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la C.E.” (STC 128/1987, FFJJ 3 y 5-8). Se continúa afirmando que al estar reconocida la igualdad en el art. 14 CE, el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual (STC 207/1987 , FJ 2). Además, se considera de igual modo discriminación directa por razón de sexo situaciones que tengan conexión directa e inequívoca con el sexo biológico de la persona, como el embarazo o la lactancia natural (SSTC 166/1988 o 66/2014).

Se incorpora del mismo modo, vinculándolo al art. 14 CE, el concepto de “discriminación indirecta”, que incluye, conforme a la STC 145/1991, los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan consecuencias desiguales en virtud del sexo, que en la práctica deriva en un perjuicio efectivo para la mujer. Así se identifica, en el ámbito de las relaciones laborales o con la Seguridad Social, en las SSTC 253/2004, 61/2013, 71/2013, 72/2013, 116/2013, 110/2015, o la 91/2019.

El Tribunal Constitucional construye la noción de las medidas “acción positiva” a través del encaje que ofrecen los arts. 14 y 9.2 CE, ya que se prevé un trato desigual temporalmente en función del sexo, pero encuentra su justificación en el mandato de promoción de la igualdad a los poderes públicos. Así se prevé en numerosas sentencias, como la 128/1987, 166/1988, 19/1989, 145/1991, 216/1991, 28/1992, 117/2011, 78/2012, 41/2015, o 18/2017. Estas medidas las diferencia de las paternalistas que, amparadas en la intención de proteger a la mujer, especialmente en el ámbito laboral, acaban contribuyendo a afianzar los estereotipos de género. Entre otras resoluciones, se reconoce tal figura en la STC 317/1994, que además clasifica los criterios que permiten distinguir entre las medidas paternalistas y las medidas de acción positiva.

El desarrollo de estos conceptos ha sido clave para que el Tribunal se pronuncie, entre otros aspectos, sobre la integración y promoción laboral de las mujeres, y sobre las medidas de protección de la maternidad que buscan asegurar la

defensa de quienes desean ser madres, frente a las dificultades que presenta mantenerse en el mercado laboral en tales circunstancias.<sup>58</sup>

Atendiendo al ámbito laboral, la resolución con más renombre hasta la fecha que integra la perspectiva de género, por mandato del art. 4 LOIEMH, es la STS, de la Sala de lo Social, de 21 de diciembre de 2009, rec. 201/2009, conocido como caso SOVI. En este, la actora pretende que se le computen como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación establecidos en la Disposición Adicional 44a LGSS para reunir el periodo de cotización de 1800 días que le permita acceder a la pensión por invalidez del extinguido SOVI (FJ 1). Lo que se cuestiona es si determinados periodos cotizados por la solicitante de pensiones de jubilación e incapacidad permanente “de cualquier régimen de la Seguridad Social”, como se disponía en la disposición adicional 44a de la LGSS, es aplicable al Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), que técnicamente no es régimen de Seguridad Social. Si bien de la literalidad de la disposición devendría la desestimación de la demanda, al ser la norma introducida en la LOIEMH, se obliga a interpretarla integrando la perspectiva de género con el objetivo de conseguir la efectiva igualdad y combatir los efectos negativos del embarazo y la maternidad. En primer lugar, para interpretar la expresión “cualquier régimen de la Seguridad Social” de la mencionada disposición de la LGSS, se acude al argumento teológico, finalista, de la norma, cuyo objetivo es beneficiar a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral, que se ha visto afectada por circunstancias derivadas de su sexo, al ser el parto una eventualidad exclusivamente femenina (Fj 3, 3). En segundo lugar, la Sala identifica el colectivo al que se aplica la norma, que contiene una medida de acción positiva querida por el legislador, concluyendo que negar el beneficio a los pensionistas SOVI afectará fundamentalmente a mujeres. En tercer lugar, reconocen el carácter contributivo del SOVI, con la finalidad de poder asimilarlo al sistema de la Seguridad Social. En cuarto lugar, mencionan otras disposiciones legales que, pese a dar respuesta a situaciones posteriores,

---

<sup>58</sup> GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia...», cit., pp. 2-6

también han afectado al modo de configuración de los derechos derivados del extinguido SOVI, intentándolo acomodar a la nueva realidad social. Ocurre de igual modo en el presente caso, en el que si bien no hay expresa mención al SOVI, la interpretación que ha de hacerse de la Disp. Ad. 44a LGSS no permite afirmar su exclusión.

Del mismo Tribunal emana la reciente STS 115/2020, de 6 de febrero, en la que se reconoce el derecho de una mujer a computar el tiempo en el que realizó el “Servicio Social de la Mujer” para alcanzar el periodo mínimo de cotización exigido para la jubilación anticipada, en la misma forma en la que, conforme el art. 208.1 b) LGSS, se tiene en cuenta, a dichos efectos, el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria para los hombres. Indica el tribunal, que a tenor del art. 4 LOIEMH, no cabe la interpretación del artículo de la LGSS de forma rígidamente literal, ya que resultaría discriminatorio reconocer a los hombres a efectos de jubilación anticipada el cómputo del servicio militar o la prestación sustitutoria y, en cambio, rechazarlo en el caso de las mujeres, siendo ambas prestaciones obligatorias y de finalidad similar. (FJ 4)

Más allá de estas sentencias, no es mucho más lo que se puede encontrar en la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo en orden a la aplicación de la perspectiva de género prevista en el art. 4 LOIEMH. Sin embargo, diversas sentencias dictadas por el Tribunal en relación con las prestaciones de viudedad y las implicaciones de la violencia de género, a pesar de no citar expresamente la aplicación de tal artículo, las resoluciones no difieren de lo que resultaría de acudir a él.

De este modo, la STS de 26 de enero de 2011, rec. 4587/2009, y la STS de 30 de mayo de 2011, rec. 2598/2010, resuelven excusando la exigencia de acreditación de la situación de violencia de género a través de los medios contemplados en la LOPIVG, pudiendo acudir a otros medios de prueba.

Por su parte, la STS de 5 de febrero de 2013, rec. 929/2012, determina que para ser beneficiaria de la pensión de viudedad, la que en su día fue víctima de violencia de género no tiene que acreditar la inexistencia inicial de pensión



compensatoria, bastando con acreditar la inexistencia de pensión compensatoria en la fecha de fallecimiento de la que fue su pareja, pues la norma dice “en todo caso”. Procede, por tanto, la prestación, porque se entiende que la exención del requisito a favor de las víctimas se hace con rotundidad y sin distinción alguna.

Para finalizar, la STS de 20 de enero de 2016, rec. 3106/2014, en su resolución, indica que en supuestos de separación o divorcio anteriores a la LOPIVG, la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituye un serio indicio de que la misma ha existido, que habrá que contextualizar con el resto de la crónica judicial de lo acaecido.<sup>59</sup>

Por último, se finalizará el análisis con las últimas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que aplican de manera expresa la perspectiva de género:

En la STSJ Canarias 1339/2019, de 17 de diciembre, se reconoce a la actora, trabajadora por cuenta ajena y madre de dos hijos, uno de los cuales se encontraba recibiendo lactancia materna, el derecho a percibir las prestaciones por riesgo durante la lactancia. Dicha prestación es denegada anteriormente por la Mutua codemandada, al basarse en una evaluación de riesgos entendida como genérica, sesgada, no actualizada e incompleta, y sin tener en cuenta el estado biológico de la trabajadora en ese momento, al llevar la lactancia natural cambios hormonales importantes. De esta forma, se incumple con las directrices de la Directiva 92/85, según la cual se debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo. En consecuencia, el tribunal no solo percibe un impacto de género incuestionable de la prestación reclamada, sino que también existe otro impacto sobre el niño/a (lactante), privado de su derecho a la alimentación natural.

En la STSJ Cataluña 274/2020, de 17 de enero, se declara la improcedencia del despido de una trabajadora por cuenta ajena, al detectar que, desde una

---

<sup>59</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., «La integración de la perspectiva de género...», cit., pp. 50-55.

perspectiva de género, el artículo 52 d) del ET pone a las personas del sexo femenino en desventaja con respecto a las personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres. Con ello, se infringe el art. 11 CEDAW, que dispone que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio. En la misma línea, también vulnera el artículo 6.1 del Convenio n° 158 OIT, los artículos 4.1 y 5 del Convenio 155 de la OIT y el artículo 3 de la Carta Social Europea. En tanto que las normas convencionales deben prevalecer sobre el art. 52 ET en caso de conflicto, ratifica el Tribunal que se produce un despido sin causa legal que lo ampare. (FJ 2)

En la STSJ Canarias, 243/2020, de 14 de febrero, se reconoce el derecho de la actora a reducir su jornada semanal, a efectos de conciliar vida laboral y familiar, en contraste con la negación de la empresa para la que trabaja, que se escuda en las dificultades organizativas que conlleva la realización de su función en el horario propuesto por la trabajadora. El tribunal, referenciando a la STC 3/2007, de 15 de enero de 2007, defiende que la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 ET y, en general, todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Además, la ponderación del derecho de la empresa a su propia organización y producción y el de la actora a la conciliación familiar y laboral, debe hacerse teniendo presente de este último la perspectiva de género en base al art. 4 LOIEMH, proyectada en la interpretación y aplicación del derecho contenido en el art. 37.6 y 7 del ET, y conforme al principio pro persona, que exige una interpretación garantizadora y favorable en la protección de este derecho humano, en aquellos casos en los que se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, como sucede en el ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, ejercitado mayoritariamente por trabajadoras.

## CONCLUSIONES

PRIMERA.— La discriminación que han sufrido y sufren las mujeres en la actualidad encuentra una explicación válida con la categoría analítica del *género*: todas las normas, obligaciones, comportamientos, pensamientos, capacidades y hasta carácter que se ha exigido que tuvieran las mujeres por ser biológicamente mujeres.

SEGUNDA.— Con base en este factor, se conforman las relaciones entre mujeres y hombres en unas relaciones de poder, creadas por la estructura político-social del patriarcado, denominadas sistema sexo/género: se trata de un problema estructural, que afecta a todas las esferas de la vida social y, como tal, se hace necesaria una intervención interseccional de los poderes públicos, con el fin de no perpetuarse y reproducirse.

TERCERA.— Puesto que los sesgos de género impregnan todos los ámbitos de la vida social, su presencia también se hace evidente en el conjunto de normas jurídicas de nuestro ordenamiento y, por ende, en la posterior aplicación de estas por el poder judicial.

CUARTA.— Es por ello que surge la necesidad de introducir medidas que eliminen dicho sesgo de género, a fin de evitar la discriminación de la mujer en el ámbito jurídico, y para la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

QUINTA.— Por un lado, dichas medidas están presentes en la normativa jurídica, abordada en el segundo capítulo del trabajo, tanto a nivel internacional, como comunitario y estatal. Se trata por tanto, a grandes rasgos, de preceptos que abogan por el principio de igualdad, como uno de los pilares de los estados democráticos y como valor superior en una sociedad democrática, así como por la prohibición de discriminación.

SEXTA.— Por otro lado, se introducen las medidas en la consiguiente aplicación de la normativa por el poder judicial, abordado en el tercer capítulo, conocido

como enjuiciamiento con perspectiva de género: metodología de análisis de la cuestión litigiosa que vincula a los tribunales del estado español, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género.

SÉPTIMA.— El actual trabajo se ha centrado en el enjuiciamiento con perspectiva de género en el ámbito laboral, siendo este una esfera del derecho que cuenta con abundante normativa dirigida a la promoción de la igualdad, como el reciente RDL 6/2019, comentado anteriormente, que permitirá resolver el objeto de litigio en base a dicho principio de igualdad.

OCTAVA.— Sin embargo, el enjuiciamiento con perspectiva de género, en sí mismo, se trata de una metodología muy reciente, por lo que se carece todavía de suficientes resoluciones que la apliquen y de doctrina consolidada que la interprete y comente. Todo ello, junto a la delimitación del objeto de estudio a la jurisdicción social, ha conllevado a que este cuente con ciertas limitaciones.

NOVENA.— Por tanto, analizando las diferentes jurisdicciones que llevan reflejando la perspectiva de género en sus resoluciones, se encuentra que, si bien diversos autores concluyen que el TC no ha resuelto todavía con perspectiva de género, sí ha aportado a la metodología diversas instituciones jurídicas, tal como la discriminación directa, la discriminación indirecta o las acciones positivas. Por otro lado, del TS sí han emanado una serie de sentencias, aun siendo escasas, que aplican dicha perspectiva, ya sea de forma explícita o implícita, y siendo, en cambio, los TSJ los que más han incidido en la aplicación de dicha perspectiva para resolver los respectivos objetos de litigio.

DÉCIMA.— La igualdad sustancial entre ambos sexos, como se ha avanzado en la introducción de la exposición, hace necesaria su continua actualización y revisión en busca de su plena efectividad en el marco de una sociedad democrática. En este sentido, aquellas medidas que ahora se entienden necesarias para alcanzar dicho objetivo, podrían verse en un futuro no lejano

como contraproducentes. En cuanto a las medidas de acción positiva, que no ha dejado de ser un tema controvertido, si bien puede tratarse de una apropiada iniciativa a fin de fomentar la igualdad efectiva, no ha de abandonar su razón de ser, es decir, medidas temporales que se aplican con la finalidad de acelerar, en condiciones de igualdad, la participación de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o desventaja, debiendo cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. Dicho esto, podría ser temprano para realizar una evaluación sobre ellas, pero se corre el riesgo de que acaben siendo papel mojado si no se acompañan de unas políticas tendentes a concienciar y a educar a la población en perspectiva de género, con tal de procurar solucionar la cuestión de raíz. Del mismo modo, podría pervertirse su objetivo si se utiliza como fin y no como medio de alcanzar la reiterada igualdad, consolidando la idea de la mujer como un ser dependiente, que necesita de estas medidas de forma permanente.

UNDÉCIMA.— Por otra parte, los poderes públicos deberán prevenir o, en su defecto, reaccionar de forma rápida y eficiente ante los nuevos acontecimientos que se den en la sociedad, y en los que, de nuevo, con mayor probabilidad las grandes perjudicadas serán las mujeres. Ejemplo actual se tiene con la situación del COVID-19: un revelador artículo de *The Conversation*, ‘*Return of the 1950s housewife? How to stop coronavirus lockdown reinforcing sexist gender roles*’, concluye tras el análisis de varios estudios que, cuando ambos progenitores trabajan desde casa, se tiende a reforzar la tradicional división de las labores. De esta forma, cuando las mujeres trabajan desde casa, tienden a hacer tres horas más de cuidado de sus hijos que aquellas que no teletrabajan, mientras que los hombres que teletrabajan acaban haciendo horas extra. La razón, sigue el artículo, se debe a que nuestras sociedades todavía creen que sobre las mujeres recae la responsabilidad de las labores de casa y el cuidado, mientras los hombres son todavía los mayores responsables del sostén económico de la familia. De este modo, habría que estar a la espera de si se abre un debate en que se replantee la forma en que se debe desarrollar el teletrabajo, así como las medidas que se prevén para proteger a los teletrabajadores y, en concreto, a las teletrabajadoras, con el fin de que no se vuelva a consolidar dicha tradicional división de las labores. Sin embargo, la tarea no se divisa sencilla, tanto por la

dificultad que conlleva el control del trabajo a distancia como por el derecho a la intimidad de los trabajadores, que ya se está viendo vulnerado en este ámbito.

## BIBLIOGRAFÍA

BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup> A., «El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidad entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol», *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 146, 2019, pp. 13-40.

BENAVIDES, M. y HARBOTTLE, F., «El principio de igualdad en materia laboral: un abordaje desde la perspectiva de género como principio general del derecho», *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia*, núm. 16, 2019, pp. 97-107.

COLLADO MATEO, C., «Algunas notas para la perspectiva de en la docencia del derecho constitucional», en Julia Sevilla Merino (coord.), *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico*, Valencia, 2014, pp. 183-194.

DE BEAUVOIR, S., *El segundo sexo*, 14<sup>a</sup> ed., Cátedra, Madrid, 2019

GARCÍA CAMPÁ, S., «Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre.», *Revista de Trabajo y Seguridad Social.*, núm. 433, 2019, pp. 1-22.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «La mujer en las normas», en A. Bergareche Gros (coord.), *Reconstruyendo el derecho desde una perspectiva de género: Materiales para la igualdad*, Tórculo Comunicación Gráfica S.A., Vigo, 2017, pp. 47-91.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2019, pp. 1-18.

LOUSADA AROCHENA, F. *El principio de igualdad de mujeres y hombres: en especial, en el derecho del trabajo y de la seguridad social* (tesis doctoral). Universidad de Coruña, Coruña, 2013.

LOUSADA AROCHENA, J. F., «La integración de la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la jurisdicción social», *Revista de derecho social*, núm. 76, 2016, pp. 39-58

MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.

MACKINNON, C., *Only words*, Harvard University Press, United States of America, 1996.

MONTESINOS PADILLA, C., «Género y Tribunal Consitucional», en A. Bergareche Gros (coord.), *Reconstruyendo el derecho desde una perspectiva de género: Materiales para la igualdad*, Tórculo Comunicación Gráfica S.A., Vigo, 2017, pp. 93-131.

PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995.

POYATOS i MATAS, G., «Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa», *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 2, 2019, pp. 1-21.

RUBIN, G., «El tráfico de mujeres: notas sobre la “economía política” del sexo», *Revista Nueva Antropología*, núm. 030, 1986, pp. 95-145.

STOLLER, ROBERT J., *Sex and Gender*, Science House, Nueva York, 1968.

TORRES DÍAZ, MC., «Mujeres y derechos: la categoría ‘género’ como garantía constitucional y la perspectiva de género como metodología jurídica.», *Revista lus Inkarrí*, núm. 8, 2019, pp. 35-67.

TOVILLAS BARBANCHO, F. Derechos y deberes de las personas trabajadoras [Material del aula]. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2020.

VARELA MENÉNDEZ, A., *Feminismo para principiantes*, B de Bolsillo, Barcelona, 2019.

## RECURSOS ELECTRÓNICOS

Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, N° 69. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 16 de diciembre de 1983. Recuperado de: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>

Conferencias mundiales sobre la mujer. (s.f.). Recuperado de: <https://www.unwomen.org/es/how-we-work/intergovernmental-support/world-conferences-on-women>

<https://www.unaids.org/es/aboutunaids/unaidscosponsors/ilo> (fecha de la última consulta: 20 de abril de 2020)

ONU: Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), Recomendación general N° 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 2004. Recuperado de: <https://www.refworld.org.es/docid/52d905144.html> [Accesado el 20 Abril 2020].

RUBIN, G., *Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad*, Biblioteca Virtual de Ciencias Sociales. 1989, pp. 53-54. Recuperado de: <https://museo-etnografico.com/pdf/puntodefuga/150121gaylerubin.pdf>

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad. Recuperado de: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/protocolo-para-juzgar-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero-haciendo-realidad-el-derecho-la-igualdad>.



## **JURISPRUDENCIA**

### **Tribunal Constitucional**

STC 25/1981, de 14 de julio (*BOE* núm. 193, de 13 de agosto de 1981)

STC 49/1982, de 14 de julio (*BOE* núm. 185, de 04 de agosto de 1982)

STC 128/1987, de 16 de julio (*BOE* núm. 191, de 11 de agosto de 1987)

STC 207/1987, de 22 de diciembre (*BOE* núm. 7, de 08 de enero de 1988)

STC 166/1988, de 26 de septiembre (*BOE* núm. 247, de 14 de octubre de 1988)

STC 19/1989, de 31 de enero (*BOE* núm. 50, de 28 de febrero de 1989)

STC 145/1991, de 1 de julio (*BOE* núm. 174, de 22 de de juliol de 1991)

STC 216/1991, de 14 de noviembre (*BOE* núm. 301, de 17 de diciembre de 1991)

STC 28/1992, de 9 de marzo (*BOE* núm. 87, de 10 de abril de 1992)

STC 317/1994, de 28 de noviembre (*BOE* núm. 310, de 28 de diciembre de 1994)

STC 253/2004, de 22 de diciembre (*BOE* núm. 18, de 21 de enero de 2005)

STC 3/2007, de 15 de enero (*BOE* núm. 40, de 15 de febrero de 2007)

STC 117/2011, de 4 de julio (*BOE* núm. 184, de 02 de agosto de 2011)

STC 78/2012, de 16 de abril (*BOE* núm. 117, de 16 de mayo de 2012)

STC 61/2013, de 14 de marzo (*BOE* núm. 86, de 10 de abril de 2013)

STC 71/2013, de 8 de abril (*BOE* núm. 112, de 10 de mayo de 2013)

STC 72/2013, de 8 de abril (*BOE* núm. 112, de 10 de mayo de 2013)

STC 116/2013, de 20 de mayo (*BOE* núm. 145, de 18 de junio de 2013)

STC 66/2014, de 5 de mayo (*BOE* núm. 134, de 03 de junio de 2014)

STC 41/2015, de 2 de marzo (*BOE* núm. 85, de 09 de abril de 2015)

STC 110/2015, de 28 de mayo (*BOE* núm. 159, de 04 de julio de 2015)

STC 18/2017, de 2 de febrero (*BOE* núm. 59, de 10 de marzo de 2017)

STC 111/2018, de 17 de octubre (*BOE* núm. 280, de 20 de noviembre de 2018)

STC 117/2018, de 29 de octubre (*BOE* núm. 294, de 06 de diciembre de 2018)

STC 138/2018, de 17 de diciembre (*BOE* núm. 22, de 25 de enero de 2019)

STC 2/2019, de 14 de enero (*BOE* núm. 39, de 14 de febrero de 2019)

STC 91/2019, de 3 de julio (*BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 2019)

## **Tribunal Supremo**

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 21 de diciembre (Roj. STS 8449/2009) (rec. 201/2009) (ECLI: ES:TS:2009:8449)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 26 de enero (Roj. STS 499/2011) (rec. 4587/2009) (ECLI: ES:TS:2011:499)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 30 de mayo (Roj. STS 5324/2011) (rec. 2598/2010) (ECLI: ES:TS:2011:5324)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 5 de febrero (Roj. STS 821/2013) (rec. 929/2012) (ECLI: ES:TS:2013:821)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 20 de enero (Roj. STS 178/2016) (rec. 3106/2014) (ECLI: ES:TS:2016:178)

STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 247/2018, de 24 de mayo (Roj. STS 2003/2018) (rec. 10549/2017) (ECLI: ES:TS:2018:2003)

STS (Sala de lo Contencioso, Sección 4ª) núm. 1263/2018, de 17 de julio (Roj. STS 2747/2018) (rec. 1002/2017) (ECLI: ES:TS:2018:2747)

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 115/2020, de 6 de febrero (Roj. STS 338/2020) (rec. 3801/2017) (ECLI: ES:TS:2020:338)

## **Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 1/2017, de 7 de marzo (ECLI: ES:TSJICAN:2017:1) (rec. 1027/2016)

STSJ Canarias (Sala de lo Social, Sección 6ª) núm. 1339/2019, de 17 de diciembre (ECLI: ES:TSJICAN:2019:2578) (rec. 860/2019)

STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 274/2020, de 17 de enero (ECLI: ES:TSJCAT:2020:1) (rec. 5532/2019)

STSJ Canarias (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 2/2020, de 14 de febrero (ES:TSJICAN:2020:2) (rec. 1429/2019)

## **NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS**

Declaración de Independencia de los Estados Unidos de America, 4 de julio de 1776.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 26 de agosto de 1789.

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948.

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, 1998.

Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979.

Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, 3 de agosto de 2015.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general num. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general num. 19, 26 de julio de 2017.

Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 2008.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C83/02)

Carta Social Europea. Turín, 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo).

Protocolo número 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000.

Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

Constitución Española, 29 de diciembre de 1978.

Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

## **RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY IN ENGLISH**

### **I. Introduction**

The objective of this study is a novel, as well as controversial, topic in Labor Law: prosecuting with a gender perspective in social jurisdiction.

The analysis of this object of study is considered essential, since the constant revision of the principles on which equality between women and men orbits is inexcusable, in order to achieve greater effectiveness.

Here comes into play the aspect of judging with a gender perspective, which involves resolving the subject of the dispute through the interpretation and application of the norm based on this analysis methodology, with the ultimate objective of achieving effective equality.

This object of study will focus on the workplace.

In order to carry out this work, a variety of legislation has been used, but nevertheless, since prosecution with a gender perspective is such a recent matter, there are not many judgments or critical sources that value it.

Thus, the analysis has been structured in: a first chapter that aims to contextualize the object of study, making a brief overview of feminist theory, in relation to the sex / gender system. A second chapter that includes the regulations that form our legal system in the field of the principle of equality between men and women, focusing on the workplace, as well as a subsequent explanation of articles 4 and 6 LOIEMH. In the third and last chapter, it is clarified what it is and what it entails to prosecute with a gender perspective, a methodology that links the Spanish judiciary, to end with a brief analysis of a series of judgments from different jurisdictional levels that, in one way and another, They have influenced the aspect of judging with a gender perspective.

## **II. Approximation to the feminist theory about the sex/gender system: S. De Beauvoir, Kate Millet. Specially, C. Pateman and C. Mackinnon contributions.**

Throughout history, women have remained subordinate to men.

According to Beauvoir, woman has always been defined around the male figure, asserting herself as *the other*, as an object.

For Beauvoir, the category of *the other* serves to explain the division of societies in the group of men (oppressor) and that of women (oppressed).

Disregarding the possibility that the category of *the other* is due to the biological constitution, she defines the human being as a historical and cultural being and the male / female differences are also cultural, and are transmitted through education.

Later, Kate Millet, a follower of Beauvoir, delves into ensuring that patriarchy is defined as sexual politics: the relationship between the sexes is political because it is a power relationship, where one group of people is under the control of the other group.

In order to reinforce the affirmation on the subordination of women, three contemporary authors will be mentioned:

Gayle Rubin, in her essay "The Traffic in Women: Notes on the 'Political Economy' of Sex" calls the sex / gender system the set of provisions by which a society transforms biological sexuality into products of human activity, and in which are met those transformed human needs. Rubin makes in the essay a reading of Marx, Engels, Levi-Strauss and Freud, authors who previously discussed about gender and sexual relations in order to arrive at a more developed definition of the sex / gender system.

Carole Pateman, performs in *The Sexual Contract* a rereading of classic authors of the tradition of the social contract, and affects what she calls the sexual

contract: original agreement by which the man acquires access rights to the woman's body and this appears excluded of this one.

Thirdly, Catherine MacKinnon speaks of the expropriation of female sexuality, defining women according to the role that their sexuality has for men.

At this point, the factor that originally said subordination, is the concept of gender, central category of feminist theory and understood as the norms, obligations, behaviors, thoughts, capacities and even character that women have been required to have for being biologically female.

The concept of gender is used for the first time by Robert J. Stoller, in 1968, clarifying that it is not synonymous with sex.

The gender perspective arises as a response to this subordination of women based on culturally constructed differences on sex.

It is constituted as an analysis that allows us to understand that the situations of women can only be explained from the value system determined by gender.

Gender accounts for the expectations and values that a society associates with being female or male, and it is concretized through roles and stereotypes that, understood as preconceived ideas, beliefs, prejudices, attitudes and social opinions that are held about the guidelines and rules of behavior regarding a person or group, depending on age, sex, ethnicity or other characteristics, through their frequent repetition, are set, transmitted and perpetuated.

Gender, as a new analytical category, is fundamental for law studies in this case, since, understanding this as an essential instrument to regulate social powers and interests and to institutionalize power relations, it is gender that has made it possible to distinguish and to define, between the different possible relations of gender or sex / gender system, created by the political-social structure of patriarchy.

### **III. Gender equality in the work sphere: regulations**

#### **1. On an international level**

Equality between men is already affirmed in the United States Declaration of Independence (1776) and in the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen (1789).

Likewise, the principle of equality has been expressly recognized internationally since 1948, in the first article of the Universal Declaration of Human Rights.

At the labor level, equality of opportunity and treatment has been one of the fundamental objectives of the ILO. In 1998, it proclaimed the elimination of discrimination as an inherent principle of all ILO policy, referring to Conventions 100 and 111.

The ILO, in a policy of gender equality, seeks to strengthen the capacities of governments, employers' organizations and unions to take action for gender equality in the world of work.

In 1979, the CEDAW was approved, where in article 1 it proclaims what is meant by "discrimination against women" and in article 4 it considers positive actions and maternity protection as non-discriminatory.

The UN has organized four world conferences on women. Notable among them is the Fourth World Conference on Women, held in Beijing. It represents a triumph of the principle of transversality of the gender dimension. Furthermore, the concept of gender perspective manages to consolidate itself. Likewise, two documents are adopted: the Beijing Declaration, in which States commit to implement the Platform, and the Platform for Action, which develops a program



aimed at creating the necessary conditions for the empowerment of women in the society.

## 2. On community level

At this level, transversality acquires maximum normative rank with article 8 of the TFEU, by proclaiming that in all its actions, the Union will set the objective of eliminating inequalities between men and women and promoting their equality. In addition, in its article 19 it empowers the Council to adopt and it will go girls of equality.

The Charter of Fundamental Rights of the European Union, in its article 21 prohibits all kinds of discrimination, while in its article 23 it mandates that equality between women and men must be guaranteed in all areas, including in terms of employment, work and retribution.

## 3. At the state level

The scope of the fight for equality between women and men is built on the basis of articles 1.1, 9.2, 10 and 14 CE and, specifically, article 9.2, which establishes that it is up to the public powers to promote the conditions for that the freedom and equality of the individual and of the groups in which it is integrated are real and effective, and article 14 determines that Spaniards are equal before the law, without any discrimination on the grounds of, among others, sex. Both precepts speak to us of the two notions of equality that are understood today as essential: the formal and the material.

Equality, today, is configured with a tri-front character: as a general principle, subjective right and obligation of the public powers to carry it out.

The fundamental notions are equality before the law, and Equality in the application of the law, as a limit to the legislator, which at the same time contains a counter-limit, since there is a requirement to promote real equality, giving way

to the idea of differentiation in law as an exception, as is the case with positive action measures.

The gender perspective, as such, begins to be introduced into state legislation under the auspices of the Beijing Conference, giving way to regulations such as Law 30/2003, on measures to incorporate the assessment of gender impact in regulatory provisions that the Government elaborate; Organic Law 1/2004, on comprehensive protection measures against gender violence or Organic Law 3/2007, for the effective equality of women and men.

### *3.1. Objective dimension in right equality between men and women on article 4 LOIEMH*

The right to equal treatment and opportunities between men and women, included in the LOIEMH, exceeds the subjective dimension to configure an objective dimension. The expansive force of the protection of the equality of the sexes binds the pdo you are public and is established in article 4 LOIEMH. This translates, on the one hand, into the interpretation in favor of the equality of the sexes, which obliges the application of equality as the informing principle of the legal system when there is an objective legal doubt. On the other hand, the integrative function of the principle is recognized, which supposes the absence of a norm applicable to the real case, giving rise to a normative gap or an axiological gap.

### *3.2. Direct and indirect discrimination on article 6 LOIEMH*

Article 6 LOIEMH defines both aspects of discrimination.

Article 6.1 provides that direct sexist discrimination deals with the situation of a person who is, has been or could be treated, based on their sex, less favorably than another in a comparable situation. According to Lousada, the concept could be given two readings: one traditional, which would make such a search for equality impossible, and the other built on a gender perspective, which makes this comparable situation more flexible.

On the other hand, discriminatory treatment is composed of an objective element, which would be an action, word or omission, and a subjective element, which will be fraud or guilt.

On the other hand, the concept of indirect discrimination is incorporated in article 6.2 LOIEMH, dealing with the situation in which an apparently neutral provision, criterion or practice puts people of one sex at a particular disadvantage with respect to people of the other, except that said provision, criteria or practice can be objectively justified based on a legitimate purpose.

Both discriminations have in common that they are sexist discriminations of a situation of subordination of women with respect to men due to gender prejudices. The difference lies in the different causal connection between these common elements.

Changing to labor regulations, the ET contemplates the prohibition of sexist discrimination in up to seven articles: 4.2 c), 16.2, 17.1, 22.3, 23.2, 24.2 and 28.

Among them, article 4.2 c) recognizes the right not to be discriminated directly or indirectly for employment, or once employed for reasons, among others, of sex. Such right is developed in Article 17 ET, indicating that discriminatory action entails the nullity and lack of effects of, among others, the regulatory precepts, the clauses of collective agreements or the unilateral decisions of the employer. The behaviors described constitute a serious breach of the employer's obligations, so that, according to article 50 ET, the worker may request the termination of the contract for breach of the employer, with the right to compensation for unfair dismissal.

Likewise, the LISOS collects in its article 8.12 that the unilateral decisions of the company that imply direct or indirect, favorable or adverse discrimination in terms of remuneration, working hours or training, among others, due to sex circumstances, constitute very serious infractions, as well as than article 8.13, on sexual harassment in the workplace.

Lastly, reference should be made to the recent Royal Decree-Law 6/2019, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation. Although the expected expectations are not met, the birth permit should be highlighted as the main innovation: the old paternity leave is extended to have the same duration as the old maternity leave (16 weeks in general). It is a non-transferable right that seeks to promote the distribution of responsibility, in which the most relevant is the possibility of splitting for full weeks from the mandatory six weeks after delivery. Another important change is the permission "for the care of the infant": a non-transferable right that maintains its duration up to nine months for the child, extendable until twelve in case the right is enjoyed by both parents with the same duration and regime.

#### **IV. Judging with a gender perspective in social jurisdiction**

##### **1. Judging with a gender perspective: concept**

Those who operate in the judicial sphere are born and educated in the same prejudiced society as the rest of the professions. In this way, applying the gender perspective to judge implies assuming that the legal system suffers from gender biases that deprive it of achieving a more adequate material justice, which are those that seek to overcome the gender perspective when judging.

The emancipation of women is conditional on the elimination of gender stereotypes, as they are the basis of their discrimination.

Likewise, it is worth highlighting the importance of acting in accordance with the pro persona principle, a criterion that compels the courts to adopt legal interpretations that guarantee the greatest protection of human rights, especially for victims.

Judging with a gender perspective could be defined, as Gloria Poyatos indicates, as a methodology for analyzing the litigation issue, which should be deployed in those cases where asymmetric power relations or stereotypical gender patterns

are involved and requires the integration of the principle of equality in the interpretation and application of the legal system, in the search for equitable solutions to unequal gender situations.

## 2. Judiciary link

The principle of integration of the gender dimension in legal activity is not an option for the judiciary, but rather binds it, based on its submission to the rule of law as dictated by Article 117 EC. In this way, it directly influences the three basic elements of judicial action: 1º: in the processing of the procedure, through a numerous set of clauses for effective jurisdictional protection of gender equality that tend to make procedural rigor more flexible and guarantee the protection of victims. 2º: in the evaluation of the evidence. 3º: in the application of the substantive norms, specifically directed to the greater effectiveness of equal treatment and opportunities.

This link is also noted in Article 29 of Directive 2006/54 / EC, which mentions the need to introduce adequate judicial or administrative procedures, in order to guarantee the effective application of the principle of equality.

Furthermore, in articles 1, 2 c), d) and f) and 5 a) of CEDAW, the States Parties to the Convention are urged to establish the legal protection of women's rights through the competent national courts, and to adopt the appropriate measures that prohibit any discrimination against women. Along the same lines, it makes contributions through its Recommendations number 33 and 35.

On the other hand, at the state level, articles 1.1, 14 and 9.2, impose on the public powers the mandate to remove obstacles preventing real equality, while article 4 LOIEMH regulates in our internal law the international mandate of gender perspective in the field of justice, and article 15 alleges the cross-cutting action of public authorities.

Therefore, those who judge are especially linked to making the right to equality and access to justice become realities. Failure to use the tools available to them

could be perpetuating discrimination and revictimization of women, thus jeopardizing the international responsibility of the State.

Spain has an example of this international responsibility: the Judgment of the Supreme Court (Room 3a) of July 17, 2018, which condemns the General Administration of the State for the abnormal operation of the Administration of Justice in the Angela González case. On July 16, 2014, the CEDAW Committee issued its Opinion in relation to the case of Ángela González Carreño, a Spanish citizen who appealed to the Committee against the Spanish State, on the understanding that her human rights recognized in CEDAW had been violated. This sentence is pioneering because it gives effect to an Opinion of the CEDAW Committee. It is also transcendental in the advancement of judicial gender, because it opens a path to the real effectiveness, in judicial terms, of what is contained in the opinions of the CEDAW Committee, and is at the same time a judicial recognition of the gender perspective, by condemning for non-compliance with the Spanish State, among other issues, for not integrating the gender perspective in judicial decisions, which it describes as stereotyped.

### 3. Spanish sentences that judge with a gender perspective

Although the principle of integration of gender dimension in judicial activity is binding, the incorporation of new concepts, the difficulty of identifying discrimination, and the lack of training in the judicial sector, makes the administration of justice not easy.

Despite this, the first ruling of the TS was recently announced in which, expressly, "the gender perspective is applied": Judgment of the Supreme Court (Criminal Chamber) of May 24, 2018 (rec. 10549/2017).

Another resolution is the Judgment of the Social Chamber of the TSJ of the Canary Islands (Las Palmas), dated March 7, 2017 (rec. 1027/2016), a pioneer in defining the technique of how to judge with a gender perspective in a Spanish judicial resolution.

Next, with the purpose of deepening the jurisprudence that resolves in attention to this incipient methodology, a series of sentences emanating from different jurisdictional levels will be exposed.

Now, beginning the analysis by the TC, it has been understood that it does not carry out a specific construction on gender, but rather speaks of sex and gender, so that it does not always offer a result in which the “feminist perspective” prevails. Even recently, it is in the individual votes of the TC that the gender focus is contained.

On the other hand, constitutional jurisprudence itself has made revealing contributions of concepts to feminist legal theory, such as direct discrimination, indirect discrimination, or “positive action” measures. The development of these concepts has been key for the Court to rule on the integration and promotion of women, and on maternity protection measures, among others.

Regarding the workplace, the most renowned resolution to date that integrates the gender perspective, by mandate of article 4 LOIEMH, is the STS, of the Social Chamber, of December 21, 2009, rec. 201/2009, known as the SOVI case. What is questioned is whether certain periods of contributions “of any Social Security regime” are applicable to SOVI. It is obliged to interpret the provision integrating the gender perspective in order to achieve effective equality and combat the negative effects of pregnancy and motherhood. Therefore, although there is no express mention of the SOVI, the interpretation to be made of the DA 44th LGSS does not allow us to affirm its exclusion.

Furthermore, there is not much more that can be found in the jurisprudence of the 4th Chamber of the Supreme Court in order to apply the gender perspective provided in article 4 LOIEMH. However, various judgments issued by the Court in relation to widow's benefits and the implications of gender-based violence, despite not expressly citing the application of such article, the resolutions do not differ from what it would turn out to be.

Finally, the TSJ have numerous judgments that expressly apply the gender perspective, such as the recent ones: STSJ Canarias 1339/2019, of December

17, STSJ Cataluña 274/2020, of January 17 or STSJ Canarias, 234 / 2020, of February 14.